

病的窃盗常習事件に関する量刑及び責任能力判断の 現状と課題

林 大悟



林大悟氏

ただ今ご紹介に与りました弁護士の林です。弁護士法人鳳法律事務所の代表弁護士をしております。この鳳というのは「鳳祭」から採りました。本日は「病的窃盗常習事件に関する量刑及び責任能力判断の現状と課題」というテーマでお話をさせていただきます。早速、内容に入っていきます。

窃盗の類型・万引きに関する精神障害

窃盗としては、住居侵入窃盗、事務所荒らし、車上荒らし、スリ、ひったくりなどの類型があります。今日テーマとして扱うのは万引きという類型です。窃盗の中でも、他の類型よりは重い類型とは言えない社会類型であると思いますが、これを対象とします。稲垣先生からもお話がありましたが、万引きに関する精神障害としてクレプトマニアという疾病があります。日本語では病的窃盗或いは窃盗症といわれます。「そ

んな都合のいい病気はあるのか？」という疑問もあるところだと思いますが、アメリカの精神医学会の診断基準であるDSM-5、それからWHOの国際的な診断マニュアルにも記載がある精神障害です。後で内容についてはご説明します。それから、摂食障害といいまして、拒食症の人とか、沢山食べて吐いてしまう、もしくは下剤を濫用するという過食+自己排出型の症状の人がいるのですが、そうした人が沢山の食品を盗ってしまうのも、司法の場、および臨床の場でよく知られた事実です。最近多いのは認知症、とりわけ前頭側頭型認知症というタイプの認知症があります。前頭側頭型認知症は、記憶の障害は余り目立たないのですけれども、反社会的な万引きとか痴漢とか、そういう行為をする欲求を抑えられなくなってしまうという症状を呈する認知症です。初発が大体40歳代からの、若年性の認知症です。なかなか気付かれにくい、隠れ認知症と呼ばれています。それから、アルツハイマー型認知症、これはよく知られているように記憶の障害が前面に出るタイプです。このアルツハイマー型認知症の人が万引きをすることも報告されています。この他、てんかん、解離性障害、知的障害、発達障害、統合失調症など、実に様々な精神障害が万引きに影響を与えるということが分かってきました。

精神障害発症の経緯

クレプトマニアや摂食障害、解離性障害といった病気はどうして起こるのか。それには生育過程における被虐待体験などの苛酷な経験が影響していることが分かっています。例えばアルコール依存症のお父さんがお母さんに毎日のように暴力を振るう、そういう生育環境で育った子供。それから、暴力はないけれども「あなたは医者になるのよ」などと言われて小さい頃から人生のレールを敷かれているような子供もそうです。大人から見て「よい子」と言われた子供が、言いたいこともいえずに心の中に毒が溜まっていく。そうした家庭環境で摂食障害になり、万引きを始めて、次第に盗癖が悪化していった、食品以外のものも盗るようになる。——そういう過程が非常に多く見られます。いま、「毒親」とか「毒ママ」とかいう言葉が流行ですが、そういう家庭に育った、特に女性が多いですね。そういう環境でも男の子の場合は大体反撥して非行に走って、そして更生して良くなっていくのです。「よい子」とみられる女の子が、親に逆らえないまま大きくなっていく中で、心に傷を負って、それでこういう精神障害が出てくることが多くあります。

クレプトマニアについて

クレプトマニアとは、アメリカの精神医学会が作成した診断マニュアルDSM-5によれば「ものを盗もうとする衝動に抵抗できなくなることが繰り返されるという衝動制御の障害」です。一言でいうと、「万引きを止められない病気」と覚えて下さい。DSMの診断基準は、日本の精神科でも広く用いられています。DSM-5に記載されたクレプトマニアの診断基準はAからEまで五つの基準があります。Aが最も重要な中核部分でして、「個人的に用いるためでもなく、または金銭的価値のためでもなく、ものを盗ろうとする衝動に抵抗できなくなることが繰り返される」こと。つまり自分が使うためではないのに、また経済的価値に着目したわけでもないのに、ものを盗りたいという衝動に抵抗出来ないこと。Bは「窃盗に及ぶ直前の緊張の高まり」を感じる。Cは「窃盗に及ぶ時の快感、満足、または解放感」を感じるということ。DとEとは消極的な要件で、他の病気との鑑別のためのものです。D「その盗みは、怒りまたは報復を表現するためのものではなく、妄想または幻覚への反応でもない」こと。例えば、その盗みがお店の人に対して嫌がらせをする、恨みを晴らすために万引きを繰り返す、という場合には、これは病気ではなくて、復讐目的ですね。この場合にはDの前段を満たしません。後段は統合失調症（妄想や幻覚に支配されて万引きをしてしまうケース）と区別するためのものです。Eは「その盗みは素行症、躁病エピソード、または反社会性パーソナリティ障害ではうまく説明されない」こと。つまり病的に性格が悪い場合にはそちらの診断がつくので、クレプトマニアではありません。この中で重要なのはAからCの基準ということになります。

このうちのAの基準、これを形式的に考えると、欲しいものを盗った場合には「個人的に用いるためではなく」と言われているのだからクレプトマニアとはいえないのではないかという素朴な疑問が湧いてきます。欲しいものを繰り返し盗っている人が捕まったとして、この人をクレプトマニアとみなしてよいのか、ということですね。DSMの公式のガイドブック（『DSM-5ガイドブック——診断基準を使いこなすための指針』医学書院、2016年）を見ますと、そこには「窃盗症の人は、盗んだ品物を実際に欲しいかもしれないし、使うことができるかもしれないが、それらは必要なものではない」という説明が入っています。従って、この部分は形式的・文理的に解釈するのではなく、「たとえ『欲しい』と思ったとしても、何故そんなタイミングで万引きまでするのか？」という点で不合理性と反復性が認められれば、やはりこれはクレプトマニアと言ってよい、ということです。では盗んだものを実際に自分で使ったらどうか。A基準に「個

人的に用いるのでもなく」とあるのだから、流石にそれは駄目でしょう、単なる「手癖」の悪い人でしょう？という疑問が沸くでしょう。DSMでは、クレプトマニアの併存症としての摂食障害下の、特に神経性過食症等と明記しています。沢山食べてしまう、吐くまで食べてしまう、それで食費が追いつかないから、食べるものを盗んでしまう、そういう摂食障害の患者がいます。これは臨床でよく言われていることです。この場合、この患者は自分が食べて吐くためのものを盗んでいるわけですね。「欲しい物」であるばかりか、「自分で使うもの（食べるもの）」を盗っている。しかしDSMではこういう人をクレプトマニアと摂食障害との合併症として説明しています。これらの例からみて、DSMのA基準というのは、それほど厳密に考えられていないもの、といえます。

これに関連して、私が弁護を担当した事案をご紹介します。長野地裁上田支部平成25(2013)年の判決¹⁾があります。「クレプトマニアであるか否かの判断は、医学的な対処を行う必要性の存否を医学的見地から行うものに過ぎないから、その診断基準の解釈は、犯罪成立要件の解釈のように厳密に行う必要はない。」とっています。料理のレシピに書いてあることを勝手に変更してしまうと不味い料理になってしまうので、勝手に変更してはいけないのと同様、刑法の構成要件は自由を保障しなければなりませんから、予見可能なように厳格に解釈しなくてはならない。しかし、DSMとかICDとかの基準というのは、お医者さんが臨床の場で「困っている人をどう助けたいのか」、「どのような治療をするのがよいのか」を決定する際に参照するためのものですので、法律的判断ほど厳格に考えなくてよい、従って「僅かでも『個人用に用いる』、『金銭的価値のため』という要素が存在するときはこれをクレプトマニアから除外するという狭い解釈を採用する必要はなく、主たる動機・目的が『個人的に用いるのではなく、金銭的価値のためでもない』のであればよいという柔軟な解釈を採用するのが相当」と判示しているわけです。

解離を伴うクレプトマニアの場合

解離を伴うクレプトマニアの場合、先ほど「解離」という言葉が出てきた時には説明しませんでしたので、ここで説明します。「解離性障害」という言葉を聞いたことがある方はおられるでしょうか……。何人かいらっしゃるかもしれませんね。「解離」というのは、

1) 長野地裁上田支部判平成25年2月18日 LEX/DB25561202。

一言でいうと、精神機能がばらばらになっている状態です。DSM-5では「意識、記憶、同一性、情動、視覚、身体表象、運動制御、行動の正常な統合における破綻および／または不連続」と定義します。実は健常者でも時々起ります。健常的な解離とはどのような場合かという、例えば、通いなれた駅から自分の家までの道中、悩み事とか考え事とかをしながら歩いていて、気が付いたらいつの間にか家に着いていた、ということがあると思うのです。いちいち「次の角で右に曲がる」とか「次の信号で一時停止して……」とか判断しなくても目的地に着いてしまう。こういうことも解離の機制なのです。病的なものになってくると、精神症状として認識される次のような場面が表われます。例えば「解離性健忘」。これはどういうものか。普通は「前向き」の健忘が起ります。一番分かり易いのはアルコール摂取でしょう。お酒を飲んで記憶がなくなるというのは、アルコールを吞んだその後の記憶が無くなるのです。何らかのエピソードを経験して、その後の記憶が無くなるのが通常の健忘です。「解離性健忘」はその逆で「後ろ向き」の健忘です。クレプトマニアにこのような健忘が多いのです。何故か。本人は万引きが悪いことであると分かっているんです。万引きを止めたくて仕方がない。でも衝動に抵抗出来ない。だから辛い、苦痛を感じているんです。逮捕されるとショックです。ショックになると、自分のやらかしたことを忘れたい。そこで心理的な防衛の機制が働きます。そのため、本当に記憶にアクセス出来なくなってしまうのです。よくある例ですが、お店に入った記憶はある、しかし万引きしている時の記憶がスッポリ抜けている、声をかけられた後のことはよく覚えている。警察や検察からすると「都合がいいな」と思うような記憶の欠落があるわけです。でも、それは嘘をついているのではなく、本当に記憶が消えてしまっている。そういうものが「解離性健忘」なのです。先回りして申しますと、この場合、責任能力が無いかというと、そんなことはありません。犯行時は意識がちゃんとある。その後の記憶が無くなっているだけなので、犯行時の責任能力を減退させるものではないとされております。それから「解離性同一性障害」。俗に「多重人格」といわれるものでして、一人の身体の中に何人もの人格が同居しているものです。「解離の障壁」といいまして、そのそれぞれの人格は、他の人格の存在のことは分からない。それぞれの人格は、性別も違うし、場合によっては人種が違うこともある。主人格は日本人なのに副人格が英語をしゃべることもある。本来、自分や他人が「その人だ」として認識している主人格とは違う別の人格が万引き行為を繰り返す、という例もあります。このような場合、責任能力を問えるかどうかは、それだけに2時間くらい話せる大問題になってしまいます

ので、これ以上は立ち入りません。

ここで重要なのは、「記憶がない」人に対してクレプトマニアの診断をすることはできるのか、という点です。犯行時に緊張していたかどうか、衝動が生じていたかどうか、解放感を感じていたかどうか。こうした点について本人から聴取出来なければ、診断など出来ない筈です。ではどうするか。このようなケースでは、客観的な行動によって評価をするのが一般的です。つまりその万引き行為に「不合理性」があるか、「反復性」があるか、ということで判断します。1億円の資産がある人で、執行猶予中なので今度捕まったら実刑判決で刑務所に入ってしまうにもかかわらず、100円の商品を盗み続けて捕まったという例があります。その万引き行為はその人との関係で明らかに不合理であり、反復性も見出されます。このようなケースは上記のA基準を満たすといわれています。

クレプトマニアの病態仮説

また、記憶が無いという人に対して、犯行時の緊張や犯行後の解放感をどのように証明するのかという素朴な疑問がありますね。検察官は、「記憶が無い」という人に対しては必ず「A基準を満たさないのでクレプトマニアではありませんね」と言ってきます。

これに関連するのですが、「クレプトマニアの病態仮説」として「嗜癖（依存症）モデル」「感情障害モデル」「強迫性障害モデル」という三つの考え方があります。有力なのは「嗜癖（依存症）モデル」です。私の依頼者の中には、「万引きしなくちゃ……」という気持ちに押されて万引きする人もいますので、「強迫症モデル」も説得力がありますが、ここでは「嗜癖（依存症）モデル」で説明していきましょう。このモデルを考える際に、参考になるのはアルコール依存症です。アルコール依存症が進行するとアルコールの耐性が認められてきます。簡単にいうと、酔いにくくなる、これを「耐性」といいます。クレプトマニアの場合も、刺激の進行に伴って、感じていた筈の緊張感や快感、衝動が自覚されにくくなる心理的耐性の現象が生じるとされています。「嗜癖（依存症）モデル」でクレプトマニアを説明すると、——クレプトマニアは要するに苦しいことや悲しいこと、不安なことがあった場合にそれを一瞬でも忘れられる「鎮痛効果」を求めるものです。「鎮痛効果」を求めて、或る人たちはアルコールに手を出し、売人と連絡出来る或る人たちは覚せい剤に手を出すかも知れない。それと同じように、日常頻繁に行われる買い物の中で万引きに依存していく。それが「嗜癖（依存症）モデル」

ル」から説明されるクレプトマニアの病態です。一瞬緊張したり、見つからないように集中したりして、それで成功すると品物が手に入るので、のめり込んでいく。しかし、段々とアルコールで酔わなくなっていくのと同じでして、その行為に刺激を感じなくなってくる。また、先ほど申し上げたように、罪悪感が強い。本当はやりたくない、止めたいのだけれど止められない。こういう場合には先ほどの解離の機制が働いて、都合の悪いことを忘れていってしまう。もしくは離人症といって、自分の行為を認識してはいるけれども「斜め上から」自分の犯行を見ているような感じで自分の行為のように感じない、何かフワフワした感じがする。こういう精神状態が加わると、自覚が一層不明確になるといわれています。こういうことを前提にすると、先ほどと同じ長野地裁上田支部が「クレプトマニアであるか否かの判断は、ある特定の人物について行うものであり、その者の個別の行為について行うものではないから、その者に複数の万引き行為がある場合には、その行為全体について、これを一団として観察すべき」と判示していますが、その判示は適切です。アルコール依存症の人について或る1回の飲酒行為が依存症によるものなのかが問題なのではなく、繰り返し飲酒しているというその行動パターンを対象としてアルコール依存症であると診断するのと同様、クレプトマニアの場合も、捕まって裁判になっているその1回の万引き行為が病気によるものかどうかではなくて、過去に繰り返していて且つ現に今も繰り返しているこの一連の万引き行為が全体としてクレプトマニアの症状であるとみるべきなのです。そうすると、クレプトマニアの症状の進行によって耐性現象が生じて緊張感や快感、窃盗衝動が自覚出来ない場合や、辛くて怖い経験であることから記憶にアクセス出来なくなる解離性健忘が生じた場合、また、たまたまお店の中で捕まってしまって満足感や快感、解放感を感じる間もなかったという場合であっても、過去の万引き時において緊張感や満足感、解放感などを感じていることが聴き取ればB・Cの基準を満たすといってよいのだ、ということになります。

クレプトマニアと犯行発覚回避行動

検察官は必ず裁判で、その人がクレプトマニアではないと主張する理由として、「衝動制御の障害の筈なのに、この人は発覚しないように人気の無い場所に商品を持って行って、周囲を確認して捕まらないように隠している。だから衝動を制御出来ているのだ」というふうに言います。これに対してどう反論するか。WHOのICD-10には次のようにあります。「病的窃盗患者は……通常、何らかの身を隠す試みがなされるが、

そのためにあらゆる機会をとらえようとするわけではない」。つまり一定の犯行発覚回避行動がとられたとしても、そのことと衝動制御の障害であるクレプトマニアの病態とは矛盾しないということが診断基準に明記されています。ですから、まずこのICD-10の根拠を示して、「検察官の主張は合理的な理由がない」と反論します。そもそもクレプトマニアは万引きの衝動です。万引きを止められないわけです。万引きとは何か。窃盗です。では窃盗とは何か。「窃かに」他人のものを盗ることです。つまり、他人に見つからないようにこっそりと他人の財物を自分の占有下に移す、その行動の衝動が止まらないわけです。だから、窃盗症（クレプトマニア）の場合、犯行発覚回避行動を取ることは、「窃盗」の概念の中に織り込み済みです。従って、検察官の言っていることには意味が無い、と反論することができます。

クレプトマニアは、自分のその行為が悪いことだと分かっています。違法性の認識があります。私が弁護を担当した東京高裁平成25（2013）年判決²⁾ですが、「クレプトマニア等は衝動制御の障害の問題であって、是非弁別の問題ではないのに、被告人が万引きすることが悪いことは分かっており、後で後悔したと述べていることを重視している点」で原審の判断は「合理的とは言い難い」としました。一審の松本簡易裁判所の裁判官は、このクレプトマニアの患者に対して、「この人は悪いことだと分かっているし、謝っているんだから、病気ではない」という判定をしました。責任能力は「良いか悪いか」の判断とその判断に従って行動を制御する能力と、この二つの能力で判断します。どちらか一方が欠ければ心神喪失で責任能力は無い、どちらか一方が著しく減退していれば心神耗弱と判断されます。クレプトマニアはこのうちの「良いか悪いか」の判断に影響を与える病気ではなくて、その判断に従って自分が万引きをしないように思いとどまる、ブレーキをかける、その能力が障害される病気です。従って、「良いか悪いか」が分かっているとか謝っているとかいうことは、クレプトマニアであることを否定する理由とはなりません。

摂食障害とクレプトマニアの関係

摂食障害とクレプトマニアとの関係についてお話します。これには三つの立場があります。まず①盗癖は摂食障害の一症状と捉える見解があります。摂食障害の患者が食品の万引きを繰り返すことが一定数認められることは先ほど申し上げました。これ

2) 東京高判平成25年7月17日東京高等裁判所（刑事）判決時報64巻1～12号152頁。

を摂食障害学会の医師たちは、「診断基準には書いていないけれども、摂食障害の一症状である」と説明します。従って、主症状である摂食障害の症状が改善されれば、まず食品の万引き行動から治まってくると説明されます。それから、嗜癖行動学会の先生、すなわち依存症の専門医の先生は、②クレプトマニアと摂食障害との合併症として、併存症と記載するDSMのような説明をします。更に、脳の病理に詳しい精神科医の先生は、③衝動制御の問題が根本にあって、過食嘔吐や万引きへの一種の依存を形成している脳の病理が関与している、と説明します。ここに挙げた三つの見解は相互に矛盾するというよりは、事例性的問題だと考えています。弁護士は、当該事案で主張し易い見解を柔軟に採用すればよいと私は考えています。例えば、過去に食品しか盗ったことがなく、今裁判になっている事例でも食品を盗っている場合には、クレプトマニアかどうかをめぐる検察官との争いを回避できるメリットを考え、①の説明を採用すればよいと考えています。摂食障害の一種だとすることによって、前述のクレプトマニアの診断基準に関する無駄な争いをすること無しに、万引き行為と病気との関係を立証出来ます。しかし、食品を万引きするだけでは収まらずに、症状がドンドン悪化して、今回は非食品を盗っているという場合に摂食障害の一症状だという説明をすると、「今回は食べ物を盗ったのではないから、摂食障害のせいではないですね」と検事に言われてしまいます。こういう事案の場合には、摂食障害とクレプトマニアの合併症であると説明して、非食品の万引きの原因はクレプトマニアであることを主張すればよい。このようにそれぞれの事案に応じて、意見書を書いて下さる医師の考え方も参考にしながら、説明しやすい論理を組み立てていくのが弁護人の仕事になります。

摂食障害とクレプトマニアを繋ぐキーワード：「涸渇恐怖」と「溜め込みマインド」

摂食障害とクレプトマニアが合併すると申しましたが、この両者を繋ぐキーワードとしてはどのようなものが考えられているのでしょうか。これまでに千数百人にも上るクレプトマニアの患者を診察しているクレプトマニア治療の第一人者である竹村道夫先生（赤城高原ホスピタル院長）は「涸渇恐怖」と「溜め込みマインド」という心理メカニズムが窃盗衝動の原動力になるといっておられます。「涸渇恐怖」とは何か。摂食障害患者は生理的心理的に飢餓状態にあります。飢餓の関連状態として「涸渇恐怖」が生じます。「食べ物、生活用品、資金、自己に所属する物質や自己の人間的価値の評価がなくなることに対する異常な恐怖」（『臨床精神医学』42-5, 2013年）、それが「涸渇恐

怖」です。「置き換えられ、すり替えられた飢餓感」などといわれたりします。同論文によれば、「涸渇恐怖に対抗するために、ある意味では、涸渇恐怖の自己治療のために『溜め込み行動』が起こる」。患者は予備の更に予備を溜め込みます。例えば歯ブラシを家に10本も20本も置いてあったりする。洗剤も10個も20個もある。冷蔵庫には食品が入りきらず腐っている、そのドアをガムテープでどうにか押えようとしている。——というような凄惨な状態になることもあります。一番酷い例ですと、玄関を開けると頭の上まで物が置いてあって、家の中に入れない、というケースがありました。溜め込みの対象の中には、生活資金も含まれていて、出来るだけお金を払わずに物を入手したい、という衝動に駆られる。つまり盗みたい衝動に駆られるわけです。普通の人の節約目的とは質的に異なります。

クレプトマニアの発症原因

ここで、クレプトマニアの発症原因をまとめます。まず機能不全家庭。例えば「あなたは将来医者になりなさい」などというふうに、両親から人生にレールを敷かれてしまっている子は、成長過程において、摂食障害を発症し、食品万引き行為を経て、クレプトマニアになることが多くあります。次に性的被虐待体験。「魂の殺人」などといわれる強姦（強制的性交）等の性被害にあった人が摂食障害、クレプトマニアになることも多いです。性犯罪の被害者をフォローしないまま放っておくと万引きの加害者になってしまう例が沢山あります。また、発達障害のある人もクレプトマニアになり易い傾向があります。頑固な習慣への拘りがあったり、公と私の区別がつかなくなったりする、買うのも盗むのも等価値である人。一般常識として万引きは犯罪であることを知識としては持っていますが、我々のように万引きが悪いことであると実感することが出来ない人。こういう障害の人が何らかのきっかけで万引きを繰り返すようになり、クレプトマニアになることもあります。

認知症が万引きに与える影響

ここからは認知症が万引きに影響を与えるケースについてお話します。認知症の正確な定義は「生後一旦正常に発達した種々の精神機能が慢性的に減退・消失することで、日常生活・社会生活を営めない状態になること」です。認知症の診断は二段階で行われます。まず認知症かどうか、日常生活で自立出来ないほどに能力が減衰しているかどうかを判断し、次に、認知症だとしたらその原因となる疾患としてどのような

ものがあるか、それがどのようなタイプかを定めていきます。日常生活で自立出来なくなった原因としては、アルツハイマー病、前頭側頭葉変性症、レビー小体病、血管性疾患、外傷性脳損傷などいろいろあります。

認知症もしくは日常生活の自立までは阻害されていない軽度の認知症の患者が万引き行為を行ってしまう場合の影響の与え方、機序はどういうものか。認知症になると、倫理・道徳の機能が低下します。また、衝動を抑えることが不良になってきます。「性格変化と脱抑制による衝動制御の不良性」というキーワードがよく使われます。

ここで大脳局在論と大脳全体論について説明しておきます。脳の器質的な疾患が万引き行為に影響を与える機序として最も典型的なものが前頭側頭葉変性症型の認知症（ピック病）です。医学の教科書にも、この病気の患者が万引きとか痴漢とか反社会的な迷惑行為を行うことが記されています。この病気では、前頭葉の眼窩面（眼の奥の部分）が障害されます。脳のこの部分が欲求を抑制する、ブレーキをかける機能を司っていることについては、脳を研究する学者の間では定説となっています。この部分が障害されることによって脱抑制の状態となり、欲しいから盗ってしまう、触りたいから触ってしまう、というように欲望をおさえることができなくなります。これは脳の一部に局在する障害によって発症する例なので、大脳局在論による説明です。次に大脳全体論での説明ですが、アルツハイマー病などは記憶の障害が前面に出ています。万引きの欲求を止められないという病気ではありません。しかし、アルツハイマー病の患者も一定数、万引きを行うことが知られています。この場合には脳の一部が障害されたから万引きに走るのだという大脳局在論による説明は出来ません。この場合には、脳にある「欲望」「倫理意識」「損得の勘定」「抑制」を結ぶネットワークのどこかが支障を来した結果として、間接的に欲求の制御を司る部位が影響を受けるのだ、と大脳全体論で説明します。

裁判例を紹介します。私が弁護を担当した横浜地裁平成27（2015）年の判決³⁾です。事案は、80歳代後半の男性、マーカーマジックや絵葉書を対象とする万引き事件です。略式起訴されて罰金刑を受けてから1年4か月後にデパートの文具売り場で万引きをしてしまいました。70歳までは悪いことをしたことはなく、或る有名企業で役員まで務め、億単位の資産がある、という人です。70歳を過ぎてから倒れることがあり、万引き行為も出てきました。裁判では精神鑑定が認められました。鑑定人の先生による

3) 横浜地判平成27年10月15日 LEX/DB25561019。

と、「被告人は、本件犯行当時、ピック病型認知症に分類される前頭側頭型認知症に罹患しており、これにより、脱抑制（状況に対する反応としての衝動性や不適切な感情表出を抑えることが不能になった状態、自制が利かないこと、周囲の状況を認識しながら場に合わせた振る舞いが取りにくくなり、抑制が利かなくなること）や人格変化、常同的な傾向に支配されやすい状態がみられ、その疾患に基づく人格変化や脱抑制が本件犯行に影響を与えた」と結論付けました。判決では、この鑑定意見は尊重されるべきであるとして、責任能力のうち「事理弁識能力は著しく減退してはいなかった」ものの、行動制御能力に関してはそれが完全には備わっていたとはいえないことから、心神耗弱の状態にあったと認定されました。

次に、大脳全体論で説明されるアルツハイマー型認知症の患者の事案、高知地裁平成29(2017)年判決の例⁴⁾です。1日のうちにいろいろな店で「ハシゴ万引き」をして、前に万引きした店に戻ってきてそこでまた万引きをして捕まった70代の女性。保護観察付執行猶予中でした。保護観察期間中にまた有罪判決を受けると執行猶予は例外的にも付きません。実刑しか無いのです。その人は裕福な世帯であったのですが、保護観察期間中に安価な商品を万引きしました。私は不起訴を目指しました。私は、担当検事に、「これまでの経験から、この人は認知症だと思うので、処分保留で釈放して頂けたら、こちらで検査を行います」とお願いしましたが、これが通らず、裁判に持ち込まれました。そこで私は精神鑑定を請求したのですが却下されてしまい、懲役8月の実刑判決となりました。一審の高知地裁は、認知症のおばあさんを懲役の実刑にしてしまったのです。そこで私は、精神鑑定を行わなかったことは訴訟手続の法令違反だとして高松高裁に控訴しました。高松高裁は私の意見を容れて事件を高知地裁に差し戻しました。その結果、高知地裁で差し戻し審が開かれ、そこで精神鑑定がなされました。その結果、差し戻し審では、「被告人は、アルツハイマー型認知症により、自分の身を守り、捕まらないようにするといった判断能力や、このような行為をしたら、自分の身にどのような影響を与えるかという社会的動物としての予見性、判断力が低下していた」という鑑定意見は信用できるとして、「被告人に対しては、罰金刑を選択し、認知症の治療を継続させつつ、更生に努めさせることが相当である」と判断され、求刑懲役1年2月のところ、完全責任能力を認定したうえで罰金50万円の判決が言い渡されました。

4) 高知地判平成29年8月7日判時2372号134頁。

てんかんが万引きに与える影響

次にてんかんの例です。てんかんの症状が万引きに影響を与えることもあります。万引きはけいれん発作と関係ないように思われがちです。てんかんは「様々な病因によって生じる慢性の脳疾患であり、大脳の神経細胞の過剰放電に基づく反復性発作を主徴とする」とされますが、一言でいえば「脳の電氣的嵐」です。その「電氣的嵐」が外部から見える際の症状のうち、発作が5～30分以上連続的に生じる場合、これを「発作重積」と呼びます。けいれんを伴う症状のものを我々は一般にてんかんとして認識するわけですが、実は外部から見て分からない、つまりけいれんを伴わないものがあります。これを「非けいれん性発作重積 (NCSE)」といいます。私はこの事案の弁護を担当したことがあります。東京地裁立川支部平成27(2015)年判決⁵⁾です。事案の概要は次の通りです。被告人は50歳代の男性。彼は原付バイクで家電量販店に赴き、同店5階で手や原付バイクの鍵を用いてゲームソフトのクリアケースをこじ開け、ゲームソフトを抜き出した。その後、2階に移動してニッパーツメキリを万引きし、これを用いて3階でヘッドホン万引きし、再度5階に戻りニッパーツメキリを用いてゲームソフトのクリアケースをこじ開けようとした。客の通報を受けて駆け付けた店員に気づき逃走したが、追いつかれて事務室に連れて行かれた。事務室では盗んだニッパーツメキリを靴の中に、ゲームソフトを出入り口のドアの隙間に隠すなどした。被告人には事務所荒らしを含む窃盗前科2犯があり服役経験があった。本件の被害額は4万5,530円であった。家族は、クレプトマニアではないかと疑っていたのですが、カルテを見たり本人と話をしたりしてみると、どうもてんかんの持病があるらしいことが分かりました。私はてんかんの事案を扱うのは初めてでしたが、よくよく調べてみたところ、てんかんが万引きなどの行為に影響を与えている可能性に気づき、鑑定請求を行いました。精神鑑定が採用され、その鑑定意見によると、被告人は本件行為当時NCSEによる意識障害の状態(分別もうろう状態)にあった可能性が高い、従って、被告人は善悪の判断がつくこともあったかも知れないけれども、欲求や行動を制御する能力を失っていたと考えられる、と指摘しました。判決はこの鑑定結果を尊重し、「被告人は、本件行為当時、事理弁識能力はある程度備わっていたと評価できなくもないが、少なくとも行動制御能力はないに等しい状態であったとの合理的な疑いが払拭できない。」としました。完全責任能力があることは検察官に立証責任がありますので、

5) 東京地立川支判平成27年4月14日 LEX/DB25506285。

合理的な疑いが残れば無罪になります。この事案は公開された防犯カメラの映像からして無罪を取れると確信しておりましたが、そのような結果を得ることが出来ました。

知的障害が万引きに与える影響

次に知的能力障害が万引きに与える影響について。知的障害の判断基準としてはWAIS-Ⅲという一種のIQテストが一般に用いられています——これだけで診断するわけではありませんが。この数値が69以下の場合に軽度の知的障害とされます。知的障害のある人が何故万引きをしてしまうか。自分の行為がどのような影響を及ぼすかについて考えが及ばない、自己評価が低い、ストレスに対処する能力が低い、このため、日常生活におけるストレスを短絡的に万引き行為による達成感で代償することがあり得るのです。平成30(2018)年東京地裁立川支部の事案を見ます。万引きの前科2犯を有する70歳代の女性被告人が、直近の判決では保護観察付執行猶予を宣告されているにも関わらず、お金を持っているのに節約したいと考えて、3,218円相当の食材を盗んだ。私が弁護を担当し、精神鑑定が認められました。被告人には軽度の知的障害があって、その精神障害が本件行為に影響を与えていた。知的障害のある患者は健常者よりも加齢によって脳の退行が生じるスピードが速い。加えて、この患者の場合、長年に亘ってスナックの仕事をしていた関係で飲酒の習慣があった。また、睡眠薬を長期間服用していた。極端な偏食で痩せていて、脳に栄養がっていない。そうした生活習慣の影響も加わって、脳の虚血が進行し認知機能が低下しており、衝動的に本件犯行に及んだとみられる、という鑑定結果でした。裁判所はこの鑑定を採用したうえで、完全責任能力ではあるものの、責任非難の程度は減じられるべきであるとし、前刑の判決宣告から4年半が経過していることからすれば常習性が強いとも言えないとして、検察官の懲役1年6月の求刑に対して懲役1年6月保護観察付執行猶予4年の判決を下しました。

発達障害が万引きに与える影響

知的障害ではなく発達障害が万引きに影響を与える場合について説明します。発達障害は現在では自閉症スペクトラム障害と総称されています。従来、アスペルガー症候群とか特定不能の広汎性発達障害といわれていたものですが、その鑑別はなかなか難しいので、これらを一連のものとして、つまりスペクトラムとして捉えて、このように呼んでいます。それとは別の種類の発達障害として注意欠如・多動性障害

(ADHD) というのがあります。不注意・多動性(落ち着きがない)、衝動性(考える前に行動してしまう)、を特徴とする発達障害です。こうした発達障害は万引きにどのように影響するのでしょうか。発達障害の患者の特徴として、習慣への頑なな拘り、柔軟性のなさ、限定され執着された興味、独特な思考により一般常識が通じない、衝動性(特にADHDの場合)といった点が挙げられます。裁判例をご紹介します。東京地裁平成30(2018)年判決です。被告人は40歳代の男性、映画の助監督をやっていた。前刑で懲役1年執行猶予3年の判決を受けながら、それから1年も経過しないうちに、書店において、本1冊(販売価格1万7,280円)をエコバックに入れて持ち去るという手口で万引きした。そういう万引き再犯事案です。弁護側の私的な鑑定では次のように説明しています。「被告人の窃盗症の形成過程には元交際相手の突然の死による喪失感とADHDが関与していたと考えられる。被告人は数年前に欲しかった書籍について、自閉症スペクトラム障害によって過剰な興味を抱いており、これが目の前にあったから手に取ったが、その時点では窃盗の意思はなかった。ADHDは心理的な負荷がかかる症状が出やすく、口論による心理的負荷があった(この時、同居していた婚約者の人と口論になっています)被告人は衝動的になりやすい準備状態にあったというべきところ、被告人は、……(溜め込みの症状があったので)また書籍を購入すると婚約者と口論になることを考え、この考えが情動的な刺激となって衝動性が惹起され、本件に至ったと考えられる」。裁判所は、かかる弁護側の私的鑑定医の説明は「基本的に信頼に値する」としました。

統合失調症が万引きに与える影響

統合失調症が万引きに与える影響をみます。内因性精神病である躁うつ病と統合失調症は、責任能力が否定される二大精神疾患といえます。統合失調症の症状としては「陰性症状」と「陽性症状」とが区別されます。前者は意欲低下、感情鈍麻、不適切な情動表出、非社交性、感情の平板化、思考障害などの症状を呈し、後者は被影響妄想(「させられ体験」「作為体験」)、幻聴などの症状で特徴づけられます。裁判例を二つ紹介します。まず、さいたま地裁平成26(2014)年判決⁶⁾です。事案の概要は以下の通りです。50歳代の女性被告人が、同種事案で執行猶予付有罪判決を受けながら、約半年後にドラッグストアにおいて、化粧品9個等12点(販売価格合計2万6,964円)を万引き

6) さいたま地判平成26年2月14日 LEX/DB25561017。

した。この事案は統合失調症の陰性症状に関わるものです。判決では、「執行猶予中であるにもかかわらず本件犯行を決意した思考過程には、感情の平板化や思考障害といった統合失調症の陰性症状も影響したとかがわれる」と指摘し、完全責任能力であることを考慮してもあまり強く非難することはできないとして、求刑懲役1年6月のところ、懲役1年、4年間執行猶予（付保護観察）とされました。次に陽性症状の場合をみます。東京地裁平成28（2016）年判決⁷⁾です。事案の概要は次の通りです。40歳代の女性被告人が同種事案で執行猶予付有罪判決を受けながら、翌月にデパートの化粧品売場において、化粧品のテスター2本（時価合計6,264円）を盗んだ。捕まる前日には50個くらい盗んでいましたが、当日もまた来て50個くらい盗み、最後の2個の万引きが発覚して捕まったのでした。私が、当該被告人が受診していた病院のカルテを読んでいたところ、「させられ体験」（吸いたくもない煙草を吸わされる等）があることが分かりました。生き霊が自分の中に入ってくる、鏡を見ると自分の顔がその人の顔になってしまう、というのです。精神鑑定が認められました。その結果、判決では、「被告人は、統合失調症に罹患し、その症状である生き霊に取り憑かれているという被影響妄想等の影響を非常に強く受けて本件犯行に及んだものであり、是非弁別能力及び行動制御能力が著しく減弱していた可能性を否定しがたい」、ただ仮にそうであったとしても「正常な精神機能がある程度は保持されており、これも本件窃盗行為に影響していたと考えられる」ことから心神喪失に至っていたとは考えられず、「心神耗弱の状態にあったと認められる」として、懲役1年、4年間執行猶予（付保護観察）を言い渡しました。

再度の執行猶予

ここから法律論に入ります。再度の執行猶予についてお話しします。刑法25条2項によれば、前に禁錮以上の刑に処せられたことがある場合、「1年以下の懲役又は禁錮の言い渡しを受け、情状に特に酌量すべきものがあるとき」には例外的にもう一度執行猶予を付けてもよいことになっています。量刑判断の基本的な実務の考え方は「幅の理論」といわれているものでして、犯情（犯罪行為自体に関する情状であり、犯罪の種類、罪質、犯行の動機、態様・手段、被害結果の大小・程度・数量等）によって量刑の大枠を決め、その枠の中で一般情状（被告人の前科・前歴、性格、反省・悔悟の状況、社会的制裁や

7) 東京地判平成28年12月16日 LEX/DB25546921。

示談・損害賠償等)を考慮して量刑を決定します(原田國男「量刑の基本的考え方」指宿信ほか編『シリーズ刑事司法を考える第5巻』〈岩波書店, 2017年〉67頁)。犯情により量刑の上限と下限を定め、その範囲内で具体的な量刑を決定する、これが「幅の理論」です。先ほど紹介した東京地裁平成30年判決はこの「幅の理論」を意識した判決内容でしたので、ここで紹介します。「T医師による機序の説明を前提にしても、ADHD等が事件の背景にあるという意味において若干の斟酌をすることは可能であるが、ADHDを有する他の被告人による犯行や、心理的負荷がある中で衝動性が刺激される形で敢行された他の犯行に比して、特に大きく責任非難を減じるべきものまでは見当たらない」としつつも、「他方で、弁償状況についてみると、被告人は、公判中、被害店舗から被害品同種品を買い取る形で示談を成立させている。宥恕までは得られていないが、個人的法益を保護法益とする本件においては、被害回復及び被害感情の宥恕という観点から、示談の点は犯情に準じて大いに考慮すべきであるし、このことは、実刑を相当とする根拠の1つが被害額の大きさである……本件において、よく当てはまるというべきである。以上のような犯情ないしこれに準じる事情によれば、量刑の大枠として、実刑を基本とすべきという点に揺らぎはないものの、一般情状によっては、裁量により再度の執行猶予を選択する余地が皆無であるとまではいえなくなったものとする」。 「一般情状として、反省、婚約者の監督、再犯防止のための入院治療及び通院治療、親の援助、前件から1年程度再犯していない事実から治療効果等」を考慮した上、「同種執行猶予中のこの種事案では、事案の軽重や示談状況等も踏まえて、……幅があるところ、以上に指摘したとおり、犯情ないしこれに準じる事情について起訴後に有意な変化があり、かつ、一般情状においても酌むべき点が種々認められるに至った本件では、極めて例外的に、裁量により再度の執行猶予を付することが相当になったものと認める。」と判示しました。例外的とはいえ、次の5点のことを裁判の中で立証出来れば、再度の執行猶予判決を獲得することが可能です。まず、①その本人が病気であるということ、それから治療効果が上がっているということについての医師の意見書ないし証言があること。②また実際に入院治療を継続すること。入院治療により効果が出ていることを証明します。③本人に治療意欲があることは大前提です。④家族の協力が得られることも強力な情状事実です。それから、⑤判決までにスリップ(再犯)しないことも大事です。これまでの経験でいいますと、被害品の種類や数、金額は、執行猶予判決になるか否かにとってさほど重要ではないと思われます。被害品の数や金額が大きくても再度の執行猶予がつくケースがありますし、逆に数百円程度の再犯で

も執行猶予がつかない例もあります。それよりも、上記①～⑤が非常に重要です。

保護観察付執行猶予中の同種万引き再犯事案における罰金刑判決

再度の執行猶予が付いた場合には、必ず保護観察に付されることになります(刑法25条の2第1項)。法務省の保護観察所で定期的に保護観察に服さなくてはなりません。保護観察中の執行猶予者がまた万引きをやってしまうとどうなるか。さきほど、執行猶予中の再犯の場合は「原則として実刑だけれども、例外的に保護観察付執行猶予となる場合がある」と説明しました。しかし、保護観察中にまた万引きをしてしまうと、今度は、例外なく再度の執行猶予は許されません(刑法25条2項ただし書)。

では、実刑は致し方ないとしても、懲役の実刑ではなく、それよりも軽い罰金の実刑を求めることは出来るのか。実は、平成18年までは、窃盗罪に関しては、万引きであろうと何であろうと10年以下の懲役しか法定刑がありませんでした。しかし、平成18(2006)年の刑法改正により、選択刑として罰金刑が規定されました。これは刑を軽くする趣旨ではありません。それまでは、実刑(懲役刑)を科すには当たらない程度の犯罪はいずれも不起訴にしてきた(処罰の間隙といえます)、しかし、そういったものも無罪放免にするのではなく、懲役よりは軽い刑を科すことにする、つまり処罰を拡張する方向での(処罰の間隙を埋めるための)改正だったのです。この法改正の目的について、最高裁も、「従来、法定刑が懲役刑に限られていた窃盗罪について、罰金刑の選択を可能として、比較的軽微な事案に対しても適正な科刑の実現を図ること」にあるのであって、「これまで懲役刑が科されてきた事案の処理に広く影響を与えることを意図するものとは解されない」と判示しています⁸⁾。つまり検察官において、懲役が相当として起訴した事件において、裁判所がそれを罰金刑にまで落とすというのは慎重の上にも慎重でなくてはならない、というわけです。にもかかわらず、ここ数年、そのような判例が増えてきています。私が弁護を担当した松戸簡易裁判所平成27(2015)年判決⁹⁾を紹介します。前刑(万引き)の保護観察付執行猶予判決から僅か2か月後にスーパーマーケットにおいて、菓子等食品25点(販売価格合計4,064円)を窃取したとして起訴された40歳代女性の同種再犯事案です。その判決では次のように述べています。「被告人は、前判決後、自ら希望してSセンターに転院して入院治療を受けることとし、本件審理中に保釈を得てからは、同センターに入院して、病的窃盗との診

8) 最決平成18年10月10日刑集60巻8号523頁。

9) 松戸簡判平成27年11月25日 LEX/DB25543000。

断の下にその治療を受け、退院後も引き続き、通院治療を続ける一方、夫のみならず母の協力も得て、再犯防止に努め、その成果が上がっている状況にあり、本件について実刑に処することにより治療を中断することは、再犯の防止を図る上で必ずしも適切ではないと思われる。幸い、前判決の執行猶予期間は4年間であり、今後なお3年近く保護観察付執行猶予期間が残されていることをも考えると、保護観察を継続して、執行猶予取消しのリスクを負わせつつ更生に努めさせるのが相当である」。この平成27(2015)年、保護観察付の執行猶予中に再犯して起訴された事件は全国で220件あり、そのうちの219件は懲役の実刑となり、この1件だけが罰金刑という判決だったので、この刑は不当に軽すぎるとみなされて、検察官によって控訴されました。しかし、検察官の控訴は棄却されました。東京高裁平成28(2016)年判決¹⁰⁾で、罰金50万円が維持されました。そこでは次のように言われています。「本件の特徴である窃盗癖の存在は酌むべき事情とは評価できない」ものの、「他の一般情状を考慮して最終的な処分を決めることも許される事案というべきである」。「被告人が、本件犯行後今日に至るまでの約1年4か月間、再犯を起こしていないという事実は、厳然たる事実であって、これを再犯防止の効果が上がっていると原判決が評価したことが不合理であるとはいえない」。「量刑は個々の事案ごとに異なる全ての事情を総合考慮して決めるべきものである」。

この事件と前後して、罰金判決を取れるようになってきました。大阪地裁平成28(2016)年判決¹¹⁾です。認められた鑑定では次のような意見が述べられています。「被告人は、生来より広汎性発達障害の諸特徴を示しており、……摂食障害、盗癖に罹患した状態であった。摂食障害と盗癖による食料品の溜め込みと万引きへの欲求は、当人の生活全体を支配するほど苛烈な状態となっており、事件当時も被告人の自覚や意思では制御し得ない程度であったと推察され、本件の発生に大きく関与していた」。判決においては心神耗弱が認定されました。量刑については、ここでも治療効果が上がっていることが評価され、これが罰金判決(25万円)にする理由とされています。検察側の控訴はなく、一審で確定しました。

次に水戸簡易裁判所平成28(2016)年判決¹²⁾の事案。事案の概要を見ると、前刑の保護観察付執行猶予判決から僅か3月後にスーパーで菓子や日用品など計6点(価格合

10) 東京高判平成28年5月31日 LEX/DB25543002。

11) 大阪地岸和田支判平成28年4月25日 LEX/DB25543001。

12) 水戸簡判平成28年7月22日 LEX/DB25561021。

計4,883円)を万引きした78歳の女性が被告人でした。認知症が疑われたため、検査のために保釈請求をしましたが、前任の裁判官から勾留の執行停止で対応することを提案されました。合計2日間の勾留の執行停止中に脳画像検査や医師の問診を受け、アルツハイマー型認知症か前頭側頭型認知症に罹患している旨が診断されました。判決は次のように指摘しました。「被害品は全て還付されていること、被告人は本件事実関係を認めて反省の態度を示していること、10万円の贖罪寄付をしていること、更生を誓っていること、被告人の親族が被告人の指導監督や更生のための環境整備を誓約していることなど、被告人に有利な事情も認められる」。さらに「……もしも前刑が多くの初めての正式裁判の場合と同様に保護観察が付されていない執行猶予判決であったならば、今回において前記の事情を考慮して保護観察付き執行猶予の判決もあり得たと考えられること、被告人は約7か月の長期にわたって身柄を拘束されていること、79歳の高齢であること、認知機能や身体能力の低下もうかがわれること、前刑の執行猶予が取り消されなければ今後約2年間にわたる保健観察下での更生や多くの親族の指導監督が期待できること、統合失調症で入退院を繰り返していて被告人の援助を必要とする娘がいることなど、被告人に特有の事情も認められる」とし、「以上の諸事情を総合考慮し、極めて例外的ではあるが、今回に限り、被告人を、懲役刑ではなく、罰金刑に処するのが相当である」という温情判決を出してくれました。この裁判の際、私が責任能力を争うと言ったところ、裁判官は私に、「簡易裁判所では取り扱えないので地方裁判所に移送するか、それとも私に任せてもらえるか」と言いました。この「任せてもらえますか」という言葉が気になりました。再犯なので実刑判決以外には無いわけで、どうしようか迷いましたが、思い切って「責任能力は争いません、この簡易裁判所で判決を受けます」ということにしました。結果、検察官の求刑懲役1年のところ、判決は罰金50万円でした。もしあの時地裁に移送していたら、罰金刑は出なかったかも知れません。いつもこのような綱渡りみたいなことをしています。

東京地裁平成29(2018)年判決¹³⁾は摂食障害患者の例です。前刑の保護観察付き執行猶予判決後、僅か5か月ほどで100円ショップにおいて裁縫糸11個(販売価格合計1,188円)を万引きした30歳代の女性です。前回も私が弁護を担当して保護観察処分に留めてもらった経過があり、申し訳ない気持ちで弁護をやりました。摂食障害患者が非食品である裁縫の糸を盗んだのですから、精神障害と犯行とに直接の関係はないの

13) 東京地判平成29年3月3日 LEX/DB25561022。

ですが、摂食障害の影響で食品の万引きを繰り返していく中で窃盗に対する抵抗感が薄れたという意味では、摂食障害が遠因として影響している、とまでは言えるだろうということから、治療を継続する意思があるとか、生まれたばかりの子供がいるといった一般情状を考慮し、罰金50万円の判決となりました。

治療的司法観

量刑の基本的な考え方、いわゆる「幅の理論」によると、今申し上げた各事案は、刑事責任の下限が懲役の実刑よりは軽い罰金レベルに及んでいたという説明をしなければならぬ筈であります。そもそも量刑の幅の下限に罰金にし得る領域があったというふうにいえないと、上記の各罰金判決は、量刑の幅の下限を下回る量刑なので、不当に軽い判断と見做されて、高裁でひっくり返されることになってしまいます。前科を一般情状に分類すると、保護観察付き執行猶予の前科があること、及びその猶予期間中の同種万引き再犯であること自体は、刑の下限を決める際の事情として考慮する必要は無く、この場合、懲役の実刑を基本としながらも、下限には罰金刑を選択する余地があるといえ、前科以外の一般情状によって罰金を選択することが相当となる余地があることになります。しかしここで疑問があります。情状が弱すぎるのです。例えば高齢であるとか治療を頑張っているとかは、そんなに特別な情状ではない。にもかかわらず、執行猶予が付かない事件で、これらの一般情状を理由に、量刑の幅の下限として、懲役の執行猶予よりも軽い罰金の実刑の可能性を認めるというのは、既に「幅の理論」では説明がつかなくなっているのではないかと私は思っています。これまで紹介してきた各事案において、前刑が単純な執行猶予判決に過ぎなかった場合、それでも罰金判決が言い渡されたであろうといえるでしょうか。このような下限の拡張を認めるのであれば、「幅の理論」は後付けの説明に過ぎなくなるのではないかと。すなわち、これらの裁判例は既に、この後申します治療的司法観に基づく判例群を形成していて、「幅の理論」は妥当しないのではないかと、というのが私の考え方です。罰金判決を言い渡した上記の判例群は、過去の或る行為に見合った刑罰を科すという思考停止された行為責任主義の考え方ではなくて、「この人をどうケアしたならば再犯を防止することができ、本人のためにも社会のためにもなるのか」という未来志向の治療的司法観に立っていると評価することが出来るのではないかと思います。

次に、ここでいう治療的司法観の考え方について説明します。治療的司法観とは、裁判手続を単なる紛争解決手段ではなく、その紛争や当該犯罪行為の原因となった問

題の本質的解決に向けて、必要となる福祉的支援や医療その他のサポートを提供しようとする司法観をいいます（『治療的司法の実践——更生を見据えた刑事弁護のために』第一法規、2018年）。アメリカのドラッグコートがその例です。薬物の自己使用については、日本では刑務所に入っていますが、再犯者率は非常に高いです。依存症ですから繰り返します。そのため、アメリカではドラスティックな改革がなされていて、ドラッグコートという特別な法廷が開かれることになっています。被告人は、裁判官から、治療をするか刑務所に行くかを選択せよといわれるのです。多くの被告人は、刑務所には行きたくないので、「治療します」と治療を選択する人が多い。そういう人については、一定期間に医師等のレポートを出してもらうことになります。「治療の効果が上がっている」「ちゃんと頑張っている」というふうに認められると、刑期が免除されるなどします。こういうふうにして治療を促す制度がドラッグコートです。これが典型的な制度設計と言えましょう。我が国ではそのような制度は無いのですが、今回みたクレプトマニアに関する罰金刑の場合のように、今ある制度の中でも、解釈として治療的司法「観」に基づく弁護活動をしたり判決を出したりすることは出来るのではないかと思います。

責任能力について

「責任なくして刑罰無し」とされるように、責任能力が無い人に対して刑罰は科せられません。これまで善良な市民であった高齢者が認知症のせいで違法行為をやってしまった。それが認知症のせいであることが分かっているのに、その人を刑務所に入れてしまっているのか。確かに違法な行為をやっているけれども、その人を刑務所に入れてよいのか、刑事責任を科してよいのかという問題があるわけです。大審院昭和6（1931）年の判決¹⁴⁾では、責任能力について、「精神の障害により事物の理非善悪を弁識する能力なく、又はこの弁識に従って行動する能力なき状態」は心神喪失であって無罪、このうちのどちらかの能力が「著しく減退した状態」は心神耗弱であって必要的に刑を軽くする、とっています。責任能力の判断基準は、精神の障害があるかどうか（生物学的要素）と弁識・制御能力があるかどうか（心理学的要素）とを併せて考慮する混合的方法が採用されています。クレプトマニアは盗もうとする衝動に抵抗出来なくなることが繰り返される、衝動制御の障害なのですから、事理弁識能力はある

14) 大判昭和6年12月3日刑集10巻682頁。

にせよ、当該犯罪行為を思いとどまることが出来る能力（ブレーキをかける能力）はなく、行動制御能力を欠くのだから心神喪失で無罪になって然るべきではないか、と思われれます。検察官が頼りにする精神科医らは狭義の精神病（内因性精神病）である統合失調症と神経症圏のクレプトマニア等とは異なるのだ、後者は衝動を止めようとすれば止められるのだ、と主張します。しかし、統合失調症が大変な病気であることはその通りですが、クレプトマニアの場合にはなぜ衝動を止められるのかについての合理的な説明はなされていません。従って、私はこのような考え方には納得出来ません。おそらく裁判官や検事の中には、クレプトマニアは「裾野が広い」、再犯者率も高い、だからこれを全て無罪放免にしていたならば治安を守ることが出来ない、という考えがあるのだらうと思います。しかしそれは立法政策や社会政策の問題であって、責任能力として行動制御能力を要求するのであれば、やはり無罪とするべき事案もあるはずだと私は思っています。クレプトマニアの患者は皆、衝動を制御出来ないで苦しんでいます。そうした人たちの受け皿となる治療資源、社会的資源を作っていくのが本筋ではないでしょうか。一部の若手の法律学者は、実務上クレプトマニアは完全責任能力とされているけれども行動制御能力を責任能力とする限り、この構成を維持するのには無理がある、従って責任能力を事理弁識能力だけで再構成すべきではないか、と主張しています。先ほど引用した大審院判決以来、わが国の実務を支配してきた事理弁識能力と行動制御能力という二つの枠組を捨てて、クレプトマニアを処罰するために弁識能力だけに責任能力を限るべきではないか、そのうえで弁識能力の内容を精緻化していこう、ということです。これが現在行われている最先端の議論です。

まとめ

私は現在東京弁護士会に所属しておりますが、その前は埼玉弁護士会に所属していました。その頃から「クレプトマニア-マニア」と呼ばれておりまして（笑）、クレプトマニアの弁護ばかりやっておりました。かつて、私とヴェテランの弁護人とが弁護士会の中で講演をする機会がありました。最初に私は弁護士の皆さんに次のように話しました。「依頼者や家族の望みは病気に振り回されない普通の生活を送れるようになることです。そしてそれが社会のためにもなるのです。加害者がいなくなれば、それだけ万引きがなくなるのですから。そのために必要な支援をすることがクレプトマニアなどの弁護を担当する我々弁護人の職責なのです」——と。これに対して、私の後に登壇されたヴェテランの弁護士は次のように言いました。「刑事弁護人は、依頼者

を無罪、不起訴、罰金、執行猶予にするのが職責であり、それ以上でもそれ以下でもない。医者 of 真似事やコメディカル（医療従事者）のようなことをするのではなく、弁護技術を磨いて、結果を出せばよいのだ」——と。このヴェテラン弁護士の意見は基本的に正しいと思います。弁護士である以上、弁護人として求められているスキルとか知識とかが大事ですから、弁護人はまずはそれを磨くべきだと私も思います。ただ、クレプトマニアなどの弁護をしている者としてみた場合、それ「だけ」では、（嬉しくない）リピーター（再犯者）が出てくることを避けられません。これまでの話にも出てきましたが、被疑者・被告人をケアして、二度と刑事手続に戻って来ないようにする、というのが弁護人の役割であろうと思います。これは先ほど申し上げた治療的司法観に基づく考え方です。私は実は治療的司法観のことをよく知らなかったのですが、成城大学の指宿信先生に「君のやっていることは治療的司法観に基づく刑事弁護そのものだ」と仰って頂きまして、それが縁で成城大学の治療的司法研究センターの客員研究員を拝命して研究しております。

法とは何か、刑罰とは何かということを考える場合、単に行為に見合った刑罰を科せばよいという行為責任の考え方は思考停止の後ろ向きのものでしかなく、もう維持することは出来ないだろうと思います。その人をどのようにフォローすれば再犯を防止できるのか。そういう未来志向の刑事裁判を私は目指していきたいと思っております。これは刑事事件のみならず、それ以外、例えば離婚訴訟など他の場面にも応用できる考え方です。

時間を超過してしまいましたが、以上で報告を終わります。（拍手）

【対論と質疑応答】

稲垣：ありがとうございました。とても濃密な内容のお話で、皆さんも初めてお聞きになったことが多かったのではないかと思います。

今回はまずはフロアの皆さんから質問があれば、受け付けたいと思いますが、いかがでしょうか。

フロア：貴重なお話をありがとうございます。クレプトマニアは若い世代でも発症する病気なのでしょうか。

林：クレプトマニアに罹患するのは男女比では差があり、9対1で女性の方が多いのです。年齢層は幅広いです。大体10歳代・20歳代で発症するパターンが多いですが、高齢者もいます。

フロア：若い世代に増加傾向が見えるでしょうか。

林：クレプトマニアの一般的な統計として、或る世代が増加しているかどうかの情報は誰も持っていないと思います。DSMによると、窃盗で逮捕された人の最大で24%がクレプトマニアではないかというアメリカの研究はあります。

フロア：仮に若い世代に増加傾向がみられると

すれば、親子のあり方など見直す必要があるのかとも思いますが、親が果たす役割について先生のお考えをお聞かせ願えればと思います。

林：親は我慢することが大事でしょうね。子育ての8割は我慢すること。子供の個性を尊重することが大事なんだと思います。本当に助けが必要な時にだけ助けてあげる、しかし子供のレールを自分で敷かない、これが大事ですね。「毒親」の子供は「毒りんご」になってしまいます。これは私の独自の仮説なのですが(笑)。

フロア：ありがとうございます。

フロア(渡邊一弘)：大変貴重な報告を有難うございました。私の方からも二点ご質問させていただきます。まず一点目は責任能力の判断との関係で、内因性精神病(統合失調症など)の場合には責任能力が認められないので無罪となるのに対して、クレプトマニアなどの神経症系の病気に関しては、心神喪失は認められないが心神耗弱が認められて刑が軽減される、というお話でした。この問題と向き合うに際し、昔の慣例(Konvention)のように病名を強調する方法でアプローチしていくことが本当に有効なのかどうか。それとも、「精神の障害」の理解の問題も含まれてはきますが、基本的には可知論を前提とした混合的方法による評価で問題がないのか。つまり、林先生としては、「クレプトマニア」という病名を強調して取り上げることがどこまで有効とお考えなのか、ご理解をお聞かせいただきたく存じます。第二点は、治療的司法の考え方について確認をさせて頂きたいのですが、完全に医療とか福祉方面に「丸投げ」をするのではなく、司法が関与している以上は司法が患者(被告人)の人生にかかわっていく、つまり患者に応報的な刑を与えるというだけではなく治療を施すという福祉的な視点を司法にも導入するという場合、それがたとえ治療的行為であるにせよ、やはり司法である以上、国家の強制力——当人の意思に関わりなく治療を強制する、という意味にお



稲垣悠一准教授

いて——がそこに働くことは間違いないわけです。このような国家の介入については、その根拠づけとか限界づけなどの議論も必要ではないか、とも思われるのですが、この点について林先生はどのようにお考えでしょうか。

林：まず第一点。検察側の精神科医の中には、不可知論+慣例の考え方に親和的な医師が多く、統合失調症と比較してクレプトマニアは責任能力の問題にはならない、と説明する方が少なくありません。しかし、現在の裁判所の考え方は、可知論を前提として、精神の障害の種類は問わず、総合的考察の上で責任能力を判断するのが主流です。そのため、私は、可知論を前提として、精神の障害に該当するクレプトマニアが当該犯行にどのような影響を与えたのかという観点から、クレプトマニアは衝動制御障害であるから行動制御能力が低下しているのだと説明することが大切だと思います。その上で、責任能力や行為責任の程度に関しては、当該事件における犯行態様であるとか犯行動機であるとか犯行前の生活状況だとかそうしたものを総合的に判断していく必要があると考えています。ここで注意が必要なのは、被告人がクレプトマニアであることそれ自体は行為責任の観点から有利な事情とはならないという点です。このことは、保護観察付き執行猶予期間中の同種万引き事案で罰金50万円の一審判決を維持した前述の東京高裁平成28年判決も前提として明示しているところです。ですから、クレプトマニアであること、クレプトマニアが衝動制御の障害であり、主に行動制御能力を減退させる精神障害であるという特質を踏まえることは前提として必須ですが、それだけでは有利な判決は得られないと考えています。責任能力の際に考慮されるべき諸事情を総合考慮して責任能力の有無・程度や（完全責任能力を前提としても）行為責任の程度を明らかにする必要があります。さらに、その上で、治療の実践や治療効果、再犯防止のための環境整備を証拠化していくことが極めて重要であると考えています。

なお、実務上、クレプトマニアは完全責任能力とされることがほとんどであり、私は、摂食障害が合併している事例で数例の心神耗弱判決を得た経験がある程度です。それでも、裁判所は、「クレプトマニアは統合失調症のような内因性精神病では無いからクレプトマニアは完全責任能力である」などという判決は書かないと思います。裁判所が責任能力を争うクレプトマニア事案において、完全責任能力を認定する際の理屈は非常に「苦しい」表現になっています。例えば、先ほども例に出しましたが、犯行が合理的である（他人に見つからないようにして盗っている）のだから行動を制御出来ているではないかという議論、私がまやかしだと批判した議論については、裁判所は次のように言って切り返しています。「周囲を気にした結果、ずっと万引きができない状況が続いたと仮定した場合、被告人は犯行を諦めたに違いない。そうであれば、周囲を気にする等の犯行発覚回避行動を取っているということは、その意味で、衝動を制御することができる能力を保持していたと推認する事情となる」というのです。しかし、これはあくまで仮定の話ですよ。しかも、クレプトマニア患

者は仮にその店での万引きは諦めたとしても、一度生じた窃盗衝動は万引きをしなければ収まることは無く、他の店に移動して万引きを実行することになる。万引きそのものを諦めて冷静に戻るわけではないのです。このような話は複数のクレプトマニア患者から聴取しています。この点からすると、クレプトマニアにおける衝動制御の障害はかなり強いと言えるのではないかと思います。クレプトマニアであっても行動制御能力が喪失あるいは著しく減退して心神耗弱状態に陥る人がいてもおかしくないと思われます。弁護人としては、このことを可知論の観点から丁寧に主張立証する必要があります。また、裁判所がクレプトマニア事案において、心神喪失や心神耗弱判決を安心して出せるようになるためには、クレプトマニア治療の社会的なインフラを整備する必要があるだろうと、実務感覚としては思っています。

第二点について。これは保安処分に関しても出された観点ですね。我が国においては一般的な保安処分は見送られています。これにはやはり本人の真摯な同意とか弁護人の関与とかの制度設計の問題として、人権侵害に涉らないように注意する必要があります。アメリカのドラッグコート¹⁵⁾の例なども参照して我々も研究していきたいと思っています。仰る通り、被害者のいる事件——クレプトマニアも被害者のいる事件です——では、市民感覚として非刑罰ルートに乗せて良いのかという議論はおそらく出てくるでしょう。薬物の自己使用などは非刑罰ルートにし易い類型であると思っています。具体的な制度設計はまだこれからです。ご指摘有難うございます。

稲垣：私からもひとつご質問させていただきます。従来の司法観からかなり「潮目」が変わってきた、変化が生じて来ている、従前の「幅の理論」から治療的司法観へと実質的に移行しているのではないかという先生のお話で、渡邊先生からも関連する質問がございましたが、一方で、「刑罰は刑罰、治療は治療。これは別物」と言わんばかりの判決も出ています。広島高裁平成28(2016)年12月6日判決¹⁵⁾です。「服役を通して安易な行動が招いた結果に向き合った上でその診断に応じた治療を継続することも可能であるから、所論指摘の点は実刑を回避する理由とはなり得ない」というのです。要するに「刑罰を受けてから治療を受けてもいいではないか」という判断を示す裁判所もある。先生の感覚として、旧来型の、或いは応報的な考え方に基づいた裁判所の傾向と新しい潮流との間のバランスは現在どのようになっていると認識しておられるでしょうか。

林：今のご質問の前提としてなのですが、広島高裁の事案は高裁の判断という事後審であることが一つのポイントであろうと思います。一審の判断を尊重しなくてはいけない。事後審制からみてもそうなんです。裁判員裁判が始まってからもそういう傾向があるかなと感じています。この広島高裁の事案は、同じ広島高裁で珍しく検察官側が保護観察付き執行猶

15) 広島高判平成28年12月6日高刑速(平28)号247頁。

予で構わないという治療的司法観に基づく答弁を行い、その結果として前刑においてそのような判決を得られたにもかかわらず、また再犯してしまって、同じ広島高裁に掛けられた被告人の裁判で、元々非常に厳しい状況だったということもあります。そういう背景まで考えると、高裁としても第一審の判断を尊重した判決を出すとなると、その事件の判決として一貫しなければならないので、仮に控訴を棄却すると決めた場合には、どうしてもそのような表現になってしまうところがあると感じます。別の事案については、また別の論理を使って構成して別の判断、例えば執行猶予を与えたりもするわけです。その意味では「場当たりの」ともいえるかも知れません。全体としてみた場合には、一審で再度の執行猶予判決が出ると、近年では、検察官は控訴しません。——以前は控訴されることが多かったのですが。罰金刑の場合には、検察官が量刑が不当に軽すぎるとして控訴をしても、高裁で検察官控訴が棄却されて、一審の罰金判決が維持されています。こうしたところから考えても治療的司法観は高裁も含めて浸透してきていると見る事が出来ると私は感じています。

稲垣：有難うございました。

時間もかなり経っていますので、これで講演を閉めたいと思います。林先生にもう一度拍手をお願いします。(拍手)